L' « AUTONOMIE CONSTITUTIONNELLE » AUX PRISES AVEC LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME*

LAURENCE **BURGORGUE-LARSEN**
Professeur agrégé de droit public
Université de Rouen
Directeur du Credho-Rouen

« Autonomie constitutionnelle et Convention européenne ». Voilà une ingénieuse alliance de mots passablement antinomiques. On pense immédiatement à la figure de l'*oxymore*, ce terme de rhétorique qui désigne une alliance de deux mots incompatibles. L'utilisation de la formule est loin d'être déplacée, tant il apparaît aujourd'hui que l'emprise conventionnelle sur les systèmes juridiques nationaux est implacable.

Déjà, les branches du droit public et privé ont été transfigurées par la jurisprudence de Strasbourg qui a été et qui continue d'être à l'origine d'importantes modifications législatives dans les Etats parties : le droit de la famille en Belgique, le droit des écoutes téléphoniques, mais aussi celui de la procédure pénale en France, le droit des télécommunications en Autriche…A chaque thème, un arrêt de la Cour, un arrêt « déclencheur », un arrêt « aiguillon » qui oblige les Etats à rénover et toiletter des pans entiers de leur ordre juridique.

Le champ constitutionnel est lui aussi peu à peu tombé sous le coup de la tutelle strasbourgeoise. La transfiguration des systèmes nationaux est aussi prégnante s'agissant du cœur de ce qui fait l'identité des Etats. Moins connue, sans doute moins étudiée que la première emprise (celle s'exerçant sur les branches du droit privé et public), la « mise sous influence » du domaine constitutionnel n'en est pas moins certaine. Aujourd'hui, c'est le « constitutionnalisme » européen qui est « rationalisé », comme peut continuer à l'être, en France tout du moins, le parlementarisme.

Cette rationalisation est celle tout à la fois de *l'ordre constitutionnel (I)*, comme celle de *l'activité du gardien constitutionnel (II),* c'est dire que les poches d' « autonomie constitutionnelle » relèvent aujourd'hui de l'exception, plus que du principe. Le Phénix constitutionnel n'est pas prêt de renaître de ses cendres…

I. La « rationalisation » de l' « ordre constitutionnel »

La « rationalisation » de l'ordre constitutionnel n'a pas la même portée selon qu'il s'agit des prescriptions constitutionnelles ou des éléments intrinsèques aux régimes constitutionnels européens. Maximal pour les premières (A), l'encadrement conventionnel est plus souple pour les seconds (B).

A. L'encadrement maximal des prescriptions constitutionnelles

1. L'encadrement en amont :
Le contrôle des « réserves à objet constitutionnel »

Si les Etats, en signant et ratifiant la Convention, pensaient ratifier un Traité international « comme les autres », mal leur en a pris. S'ils pensaient, bien naïvement, que l'orthodoxie internationaliste allait continuer à irriguer le champ conventionnel, c'était sans compter sur la jurisprudence audacieuse, libertaire, de la Cour qui, au fil du temps, s'est attachée à marquer la spécificité de l'ordre conventionnel des droits de l'homme. Bref, c'est la pratique classique des réserves qui est sérieusement encadrée par la Cour qui n'a pas hésité à se déclarer compétente pour en contrôler la validité et, ce faisant, ne pas en tenir compte dans les espèces qui lui étaient soumises.

C'est l'article 57 de la Convention qui traite de la question des réserves et des déclarations interprétatives (assimilées dans la pratique aux premières) formulées par les Etats. On y apprend en le parcourant que les réserves sont admises, mais que leur portée est limitée. Elles ne doivent pas être de « portée générale » et doivent contenir un « bref exposé de la loi » nationale qui contraint l'Etat à émettre la réserve, le terme de loi ayant fait l'objet d'une interprétation extensive. Or, alors que la Convention était muette sur la question de savoir qui était habilité à se prononcer sur la conformité des réserves et que la doctrine était divisée sur la question, la Cour européenne a tranché en faveur de sa propre compétence contrairement à l'approche du droit international classique qui laisse ce rôle aux Etats parties et au dépositaire du traité, en l'occurrence ici le Secrétaire général du Conseil de l'Europe. Avec l'arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, la Cour s'est érigée comme la première instance internationale à déclarer illégale une réserve à un traité multilatéral. Elle déclara en effet nulle la déclaration interprétative de la Suisse relative à l'article 6§1 – qu'elle a considéré comme une réserve – car elle ne respectait pas les exigences formelles posées par l'article 57§2 (ancien article 64§2). La conséquence fut que la Suisse fut contrainte de respecter l'article 6§1 dans sa totalité.

Si c'est une chose de contrôler les réserves, cela en est une autre d'atteindre le champ constitutionnel à travers ce contrôle car, encore faut-il que les réserves aient un « objet constitutionnel ». La Cour vient de contrôler, pour la déclarer non-valide, une « réserve à objet constitutionnel ». L'arrêt du 3 octobre 2000 *Eisenstecken c. Autriche* est le dernier en date d'une longue liste où l'Autriche était régulièrement attraite devant la Cour aux fins d'examen de sa réserve à l'article 6§1 destinée à protéger les principes relatifs à la publicité juridique énoncés à l'article 90 de la Constitution fédérale. Cet arrêt est assurément important, puisqu'il entame indirectement, mais très sérieusement, l'autonomie et partant la suprématie de la Constitution autrichienne. La loi contestée porte sur la publicité des débats dans le cadre de procédures relatives à des transactions immobilières, procédures qui entrent dans le champ d'application de l'article 90 de la Constitution. Si la Cour a déclaré la réserve en l'espèce dénuée de validité, c'est qu'elle ne renfermait aucun bref exposé de la loi litigieuse. Autrement dit, une réserve qui se

borne, selon la Cour, à mentionner une disposition permissive et non exhaustive de la Constitution, sans citer ou sans renvoyer aux clauses excluant la tenue d'une audience publique, n'offre pas un degré suffisant de précision.
Le contentieux va bientôt s'étoffer car a été communiquée à la Cour au mois de septembre 2000, l'affaire *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie* qui confronte la réserve italienne à « objet constitutionnel » au contrôle de la Cour. Le requérant, qui est le descendant mâle du dernier roi d'Italie, fait l'objet d'une interdiction permanente d'entrée et de séjour dans le pays, posée par la XIII° disposition de la Constitution italienne de 1947. Cette disposition prévoit également la confiscation des biens italiens des descendants de sexe masculin des anciens rois ; enfin, elle déclare inéligible et prive de leurs droits électoraux les membres et descendants de la Maison de Savoie. Si plusieurs projets de loi furent déposés au Parlement en vue d'abroger cette disposition constitutionnelle, aucun n'aboutirent. Il sera intéressant de connaître la décision de la Cour alors que l'Italie avait pris soin, lors de la ratification du Protocole n°4, de formuler une déclaration spécifiant que l'article 3§2 dudit Protocole (consacrant le droit d'entrée et de séjour) ne pouvait faire échec à l'application de l'interdiction constitutionnelle visant les membres de la Maison de Savoie.

2. L'encadrement en aval :
Le contrôle de conventionnalité des dispositions constitutionnelles

La contrariété Convention / Constitution-droit constitutionnel apparaît souvent à l'occasion de l'examen d'une loi d'application de la Constitution. Ainsi, un constat de violation, même s'il ne concerne généralement que la décision rendue par la juridiction nationale suprême, rejaillit immanquablement sur la Constitution, dès lors que la décision juridictionnelle ne fait qu'appliquer la loi, qui elle-même ne fait que se conformer à la Constitution. Du coup, le primat de la Convention sur la Constitution apparaît dans toute son ampleur.
L'arrêt *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992 est suffisamment connu pour ne pas revenir sur les faits de la cause. On rappellera ici uniquement que la Cour de Strasbourg, confrontée directement à un conflit de hiérarchie Convention / Constitution, a tout simplement refusé d'octroyer aux Etats membres un droit de résistance à l'application de la Convention, droit de résistance fondé sur la sauvegarde d'exigences constitutionnelles nationales. Autrement dit, elle n'a pas hésité à toucher à une valeur constitutionnelle essentielle d'un Etat contractant, garanti et mis en œuvre par la Cour suprême, le droit à la vie de l'enfant à naître consacré à l'époque des faits par l'article 40§3 de la Constitution irlandaise du 1° juillet 1937, pour faire primer une liberté qu'elle considère comme « essentielle dans une société démocratique », le droit à l'information. Cet arrêt a-t-il une influence certaine ou diffuse sur le référendum qui s'est déroulé quelques semaines plus tard ? Il serait pour le moins hasardeux de tirer des conséquences hâtives et définitives, quoi qu'il en soit il est piquant de constater que le 25 novembre 1992, le corps électoral irlandais acceptait, par modification de la Constitution, d'autoriser l'information en faveur de l'interruption volontaire de grossesse.

Après l'encadrement des prescriptions constitutionnelles, la Cour n'a pas hésité à étendre son contrôle sur les stigmates des démocraties parlementaires. Toutefois, si contrôle il y a, il est *minimal*. L'influence européenne sur les « régimes » constitutionnels prend les allures d'une étreinte, légère, au lieu et place d'une mise sous influence implacable.

B. L'encadrement minimal des « régimes » constitutionnels

L'autonomie constitutionnelle des Etats se manifeste au premier chef dans le choix d'un régime politique précis. En Europe, les « régimes » constitutionnels garantis par les Constitutions sont, dans l'ensemble, de type parlementaire. Il est intéressant à cet égard de constater à quel point la Cour défend farouchement ce qu'elle considère comme fondamental au sein des systèmes parlementaires démocratiques, à savoir le mode d'expression premier des citoyens que constituent les élections. Le pluralisme politique est à l'évidence l'un des piliers essentiels d'une « société démocratique » au sens attribué à cette expression par la jurisprudence de Strasbourg. Or, à l'origine, la « clause politique » de l'article 3 du Protocole n°1 n'avait pas l'envergure que lui a ultérieurement octroyé la Cour. Considérée comme l'expression minimaliste de la défense des idéaux démocratiques pluralistes, elle se contentait de prévoir à la charge des Etats l'obligation d'organiser des élections législatives libres, sans consacrer, à la différence des textes internationaux similaires, le droit de prendre part à la direction des affaires publiques et au droit de vote.
Au moyen d'une lecture compréhensive de l'article 3 du Protocole n°1, la Cour a renforcé les exigences posées par cette disposition en valorisant la démocratie représentative (1). Elle n'est pas allée cependant jusqu'à intégrer les exigences du procès équitable, celles tirées de l'article 6§1, en matière de droits politiques. En effet, malgré une jurisprudence qui a su tirer parti du concept de « notions autonomes », le système européen admet l'existence de limites à la juridictionnalisation des démocraties (2).

1. La valorisation de la démocratie représentative

Si le constat d'ensemble montre la pugnacité de la Cour à ancrer l'esprit et la lettre démocratique au sein des quarante et un Etats parties - au point d'ériger la notion de « corps législatif » en notion à géométrie variable (a), il n'en reste pas moins que la « marge d'appréciation » octroyée aux Etats est souvent importante, comme l'atteste le contrôle minimum des élections parlementaires (b).

a. Le « corps législatif », une notion à géométrie variable

D'un côté, la Cour opte pour une vision stricte et logique de la notion de corps législatif en considérant que cette disposition ne s'applique qu'aux structures qui possèdent le « pouvoir législatif », tant national, que fédéré, prenant ici en considération, à juste titre, la forme « composée » de certains Etats. Partant, en sont exclus les conseils municipaux qui ne participent aucunement au pouvoir législatif et ne font donc pas partie du « corps législatif ».

D'un autre côté, la Cour est allée jusqu'à reconnaître, selon une interprétation plus que critiquable, en tout cas certainement prématurée, la qualité de « corps législatif » au Parlement européen, se substituant en quelque sorte, aux Etats, à leurs pouvoirs constituants, qui n'avaient pas encore loin s'en faut, décidé d'octroyer au Parlement strasbourgeois, le qualificatif de « législateur » communautaire…. L'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999 est à cet égard très iconoclaste. Il faut évidemment le replacer dans le contexte de concurrence « larvée » entre les deux juridictions agissant à l'échelle européenne. La Cour de Strasbourg a voulu assurément par cet arrêt marquer l'amplitude de son contrôle. Le droit communautaire n'y échappant pas, qu'il soit primaire (arrêt *Matthews*) ou dérivé (arrêt *Cantoni c. France,* 15

novembre 1996).

b. Le contrôle minimum des élections parlementaires.

Comment et qui ? Voilà les deux questions qui vont retenir l'attention à l'heure d'étudier les modalités de l'élection des « corps législatifs ». Dit autrement, quels sont les modes de scrutin et les personnes habilitées à se porter candidates aux élections parlementaires.

Les modes de scrutin

L'article 3 du Protocole n°1 n'engendre aucune obligation d'introduire un système électoral déterminé, tel que la proportionnelle ou le vote majoritaire. Eu égard à la diversité dans l'espace, et à la variabilité dans le temps des lois en pareille matière, une large marge d'appréciation est reconnue aux Etats contractants. Selon la jurisprudence de Strasbourg, les systèmes électoraux cherchent à répondre à des objectifs parfois peu compatibles entre eux : « refléter de manière approximativement fidèle les opinions du peuple ; canaliser les courants de pensée pour favoriser la formation d'une volonté politique d'une cohérence et d'une clarté suffisantes.» Si « c'est le principe de l'égalité de traitement de tous les citoyens qu'il faut assurer, il ne s'ensuit pourtant pas que tous les bulletins doivent avoir un poids égal quant au résultat, ni tout candidat des chances égales de l'emporter ». Cette jurisprudence bien établie dans la célèbre affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt* du 2 mars 1987 est régulièrement confirmée.

A l'époque où elle existait encore, la Commission a écarté comme manifestement mal fondées les requêtes mettant en cause les règles de seuil imposées en matière de répartition des sièges parlementaires par les législations électorales italienne et grecque. Au nom de la marge d'appréciation reconnue aux Etats, le seuil de 4% des suffrages obtenus à l'échelle nationale qui conditionne en Italie la ventilation de 25% des sièges de la Chambre des députés pourvus à la représentation proportionnelle, est avalisée. De même, est admise la compatibilité à la Convention du système électoral grec qui contraint un candidat indépendant, non seulement d'obtenir 3% des suffrages valablement exprimés au plan national, mais également de figurer sur une liste indépendante, présentée tant dans une circonscription qu'au niveau national. La circonstance, comme le fait remarquer le professeur Flauss, que les seuils établis par les deux législations électorales en cause, « visaient sans doute tout spécialement, à limiter, voire à éliminer la représentation parlementaire de minorités nationales n'est pas prise en considération par la Commission ». En l'occurrence, elle se refuse très clairement à envisager à la lumière de l'article 14, une interprétation de l'article 3 du Protocole n°1 inspirée par l'idée de discrimination positive.

Les conditions de l'éligibilité

La Cour reconnaît aux Etats une large marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de déterminer des cas d'inéligibilité. Elle considère en effet que ces cas « sont liés aux particularités historiques et politiques de chaque Etat » et que « la multitude des situations prévues dans les Constitutions et les législations électorales » ne met en aucun cas en péril les droits protégés par la « clause politique ». Ce qui importe, c'est que la solution retenue « garantisse l'expression de la volonté

du peuple à travers des élections libres, honnêtes et périodiques ». La ligne directrice de la jurisprudence a été fixée par la Cour dans le premier arrêt rendu sur l'article 3 du I° protocole, le célèbre arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987. Partant, les Etats *via* leurs Constitutions peuvent assez librement déterminer les cas d'inéligibilité, tant des fonctionnaires, que des juges.

Cette politique jurisprudentielle, inaugurée en 1987 (*Mathieu-Mohin*), confirmée en 1997 (*Gitonas c. Grèce* du 1° juillet 1997) et 1998 (*Ahmed et autres c. Royaume-Uni* du 2 septembre 1998) n'a, depuis, reçu aucun coup de canif. Invariablement, la Cour déclare irrecevables les requêtes qui contestent certains cas d'inéligibilité qu'elle considère comme « normaux ». Bref, le contrôle est invariablement minimum. L'affaire *Sandra Brike c. La Lettonie* du 9 juin 2000 est symptomatique à cet égard. Ainsi, quand le droit constitutionnel letton impose aux juges de démissionner de leur fonction s'ils désirent se porter candidat à des élections parlementaires, il n'enfreint pas la Convention et la requête du juge mécontent est déclarée manifestement mal fondée. La Cour a pu rappeler à cette occasion que l'obligation faite aux fonctionnaires et aux personnes exerçant certaines autres fonctions dans le secteur public, de démissionner avant de présenter leur candidature aux élections, n'est pas disproportionnée à l'objectif recherché, à savoir, l'indépendance de la fonction publique. Et de considérer qu'il en est de même « des membres du pouvoir judiciaire, dont l'indépendance, l'impartialité et la neutralité sont des valeurs communes aux Etats signataires de la Convention. Il y a lieu de relever que l'inéligibilité des juges, dont l'équivalent se retrouve dans plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe, vise un objectif indispensable pour le bon fonctionnement et le maintien du régime démocratique : celui de garantir à tous les justiciables les droits protégés par l'article 6 § 1 de la Convention (§1).»

2. La « juridictionnalisation » modulée du champ parlementaire

a. La juridictionnalisation de la justice parlementaire

Dans certains Etats parties à la Convention, les assemblées parlementaires sont investies de compétences de type répressif. Dans quelques rares Etats − plus précisément le Royaume - Uni, l'Irlande et Malte − la compétence répressive des Chambres revêt une physionomie particulière : elle s'applique non seulement aux titulaires de fonctions publiques, mais en outre aux simples citoyens, dans le cadre de procédures sanctionnant le délit d'offense au Parlement ou d'atteinte aux privilèges parlementaires. Or, la Cour s'est très nettement prononcée en faveur de l'applicabilité de l'article 6§1 à cette justice politique, notamment dans la célèbre affaire *Demicoli c. Malte* du 27 août 1991. Le phénomène de juridictionnalisation de la justice parlementaire, justice politique, peut être appréhendé de deux manières. D'un côté, on se réjouit qu'elle favorise l'harmonisation, ou à tout le moins le rapprochement, du droit parlementaire des démocraties européennes. De l'autre, on peut regretter qu' « elle sacrifie sur l'autel des droits judiciaires de l'article 6§1, certaines spécificités constitutionnelles nationales illustratives à bien des égards de l'identité nationale tout court ».

b. Les limites de la juridictionnalisation

La juridictionnalisation s'arrête au seuil des Cours constitutionnelles devant lesquelles sont contestées les modalités d'exercice de droits de « nature politique ». En effet, bien que la Cour ait étendu de façon prétorienne − grâce aux ressorts de l'autonomisation des notions conventionnelles − le champ d'application de l'article 6§1, elle n'entend pas franchir le Rubicon et appliquer cette disposition aux droits manifestant le dernier carré de la souveraineté des Etats, le dernier carré de leur autonomie constitutionnelle. En témoignent les affaires relatives au contentieux électoral et au contentieux « politique », c'est à dire celui concernant le droit pour les partis politiques de poursuivre leur activité.

Le contentieux électoral

Les affaires *Pierre-Bloch c. France* du 21 octobre 1997, *Louis Masson c. France* du 14 septembre 1999*, Jacques Cheminade* du 26 janvier 1999, bien connues des juristes français, n'ont eu de cesse de marteler que « *les procédures concernant le contentieux électoral échappent en principe au champ d'application de l'article 6 dans la mesure où celles-ci concernent l'exercice de droits à caractère politique et ne portent donc pas sur des droits et obligations de caractère civil*. » On sait que la seule brèche possible serait que les peines infligées aux élus relèvent des dispositions de l'article L113§1 du Code électoral. Là, on voit mal comment la Cour pourrait réfuter l'existence d'une « accusation en matière pénale »…

Les « droits politiques » : le droit pour un parti de poursuivre une activité politique.

L'affaire *Refah Partisi c. Turquie* rappelle le « verrouillage » de l'article 6§1 dès que sont invoqués des droits de nature politique. Dans sa décision du 3 octobre 2000, la Cour devait statuer (entre autres choses) sur le défaut allégué de procès équitable et d'audience publique devant la Cour constitutionnelle qui, le 16 janvier 1998, prononçait la dissolution du *Refah Partisi,* littéralement le « parti de la prospérité », au motif que celui-ci était devenu « le centre d'activités contre le principe de laïcité », portant ainsi atteinte à l'ordre démocratique. La Cour, fidèle à son *dictum* de l'affaire *Pierre-Bloch*, considère que l'affaire présentée devant le juge constitutionnel turc portait sur un litige relatif au droit du « parti de la prospérité » de poursuivre, en tant que parti politique, son activité politique. S'agissant par excellence d'un droit de nature politique, la requête est déclarée incompatible *ratione materiae* avec la Convention. Il en est de même de l'interdiction, faite par l'article 69 de la Constitution aux fondateurs et aux dirigeants des partis politiques dissous, d'être fondateurs et dirigeants d'un nouveau parti. Il s'agit, ici aussi, d'une restriction des droits politiques des intéressés qui ne saurait relever de l'article 6 § 1 de la Convention, ni au titre d'une contestation portant sur un droit civil, ni au titre d'une accusation en matière pénale.

Il est vrai que la dissolution du *Refah Partisi* a entraîné d'office, en vertu de la loi nationale, le transfert de son patrimoine au Trésor public et qu'à ce titre, une contestation aurait pu s'élever à propos d'un droit patrimonial, et donc civil au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Cependant, le droit au respect des biens du parti ne faisait aucunement l'objet du "litige" débattu devant la Cour constitutionnelle. Les parties, à savoir le procureur général et le *Refah Partisi* n'ont contesté, ni dans le cadre de la procédure constitutionnelle, ni dans le cadre d'une autre procédure, le transfert des biens du parti au Trésor public, conséquence directe de la dissolution du parti politique telle que prévue par la loi. On peut considérer qu'ici la Cour fournit aux partis politiques régulièrement dissous en Turquie, le « mode d'emploi » afin qu'à l'avenir, le contentieux de la poursuite des activités politiques pour un parti puisse, à travers le truchement du contentieux patrimonial, tomber sous l'emprise de l'article 6§1…

Il est loisible de constater que la « *rationalisation de l'ordre constitutionnel* » apparaît au final assez conséquente. Même si la marge de manœuvre octroyée aux Etats – concernant notamment la détermination de leur régime politique – est assez large, il faut garder à l'esprit que les dispositions constitutionnelles tombent sous le contrôle de la Cour. La *rationalisation* ne s'arrête pas là ; elle s'étend à la *justice constitutionnelle* dont on peut considérer qu'elle participe, normalement, à l'autonomisation du champ constitutionnel. Or, il va être intéressant d'évaluer si l'hétérogénéité de la justice constitutionnelle européenne, qui est le fruit de l'histoire et de la tradition juridique de chaque pays, n'est pas rattrapée par un modèle harmonisateur. Non pas le modèle kelsénien – dont on a trop longtemps affirmé qu'il avait unifié la justice constitutionnelle européenne - mais le « modèle » strasbourgeois, celui que la Cour européenne impose depuis 1959, date de son entrée en fonction.
Alors que chaque Etat a adapté à son univers juridique le soit-disant « modèle » kelsénien, au point de donner corps à une mosaïque européenne de justice constitutionnelle, cette diversité n'est-elle pas aujourd'hui quelque peu homogénéisée sur la base des canons de la jurisprudence européenne ? Au contrôle de constitutionnalité de la loi − qui fut la grande œuvre juridique du XX° − ne s'ajoute t-il pas magistralement, au point de le concurrencer, le contrôle européen de conventionnalité ?

II. La « rationalisation » de la justice constitutionnelle

A la « rationalisation » par le « bas », celle qui se manifeste quand le juge constitutionnel applique la Convention grâce à une variété imposante de mécanismes et procédures constitutionnels (A), s'ajoute une rationalisation « par le haut », celle qui découle d'un phénomène de soumission imposée, quand la Cour de Strasbourg impose le respect de la Convention au juge constitutionnel (B).

A. La Convention appliquée *par* le juge constitutionnel
ou la « rationalisation » par le « bas » .

L'analyse de l'application de la Convention européenne par le juge constitutionnel va permettre de constater que trois grandes modalités effectives d'application de la Convention existent aujourd'hui en Europe. L'application autonome tout d'abord (1), l'application auxiliaire ensuite (2), l'application « furtive » enfin (3).

1. L'application autonome de la Convention

Il y a application autonome lorsque «la règle contestée devant la juridiction constitutionnelle, qu'elle soit législative ou autre, est soumise au dispositif même de la norme internationale, sans l'entremise d'une norme constitutionnelle ». Un tel processus suppose toujours qu'il y ait intégration du droit international en droit interne (par intégration ou transformation) et primauté du premier sur le second. En Bulgarie, en Hongrie, en République slovaque et en République tchèque, les juridictions constitutionnelles sont habilitées, par le texte constitutionnel même, à opérer une application autonome des traités internationaux auxquels ces

Etats ont souscrit, spécialement les traités sur les droits de l'homme et, au premier chef, la Convention européenne. Dans ces quatre pays de l'Est, la Constitution attribue en effet *expressis verbis* au juge constitutionnel le contrôle de conventionnalité.
En *République slovaque,* la Constitution du 1° septembre 1992 habilite la Cour constitutionnelle à juger de la conformité des « règles juridiques générales par rapport aux traités internationaux promulgués selon les modalités fixées par la loi ». En *République Tchèque*, c'est l'article 87§1 de la Constitution du 16 décembre 1992 qui autorise la Cour à statuer sur les demandes d'annulation des lois, qu'elles soient fondées sur la violation de la Constitution, sur la violation d'une loi constitutionnelle ou sur la violation d'un traité international protégeant les droits de l'homme et les libertés fondamentales, à condition que ce traité ait été ratifié et promulgué selon les prescriptions de l'article 10 de la Constitution. L'invocation de la violation du droit international est également possible dans le cadre de la procédure de « plainte constitutionnelle » introduite par les particuliers (à l'occasion de laquelle le demandeur peut solliciter l'annulation de la règle mise en cause). En *Hongrie*, la Cour constitutionnelle peut être saisie de recours qui visent à examiner la question de savoir si une norme juridique est ou non en contradiction avec un traité international ; tandis qu'en *Bulgarie*, en vertu de l'analyse combinée des articles 5§4 et 149§1 de la Constitution du 13 juillet 1991, la Cour constitutionnelle se voit reconnaître la compétence de vérifier la compatibilité des lois internes avec « les normes de droit international universellement reconnues » et les traités liant la Bulgarie. Le contrôle de conventionnalité se combine d'ailleurs de façon concomitante avec le contrôle de constitutionnalité, le juge devant souvent se prononcer sur des recours s'articulant sur les deux normes de référence, la Constitution et les traités internationaux.

2. L'application auxiliaire de la Convention

« Il y a application auxiliaire lorsque la référence à la norme internationale s'opère par le truchement d'une norme constitutionnelle, celle-ci confinant celle-là dans un rôle complémentaire ». Dans les pays qui n'ont pas doté les Cours constitutionnelles de la compétence pour contrôler la conformité des lois aux traités internationaux (Espagne, Roumanie), l'exercice de la fonction naturelle de toute juridiction constitutionnelle − l'application des normes tirées de la Constitution − peut la conduire à appliquer, par la médiation de ces normes constitutionnelles, des normes tirées de l'ordre juridique international. Partant, ces dernières sont incluses dans la *ratio decidendi* des juges constitutionnels.

a. Les clauses d'interprétation

Les clauses constitutionnelles d'interprétation habilitent ou plutôt aiguillonnent le juge constitutionnel à interpréter les dispositions de la Constitution à l'aune des traités internationaux qui ont été signés et ratifiés par l'Etat en cause, où là encore la Convention européenne tient une place privilégiée.

L'article 10§2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 est la plus célèbre de ces clauses. Elle dispose que « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne». Il s'agit d'une disposition qui octroie, selon Eduardo Garcia de Enterria, une « valeur constitutionnelle directe » à la Convention qui a été ratifiée par l'Espagne le 10 octobre 1979.

Cette règle d'interprétation − qui joue uniquement quand la protection des droits fondamentaux assurée par l'instrument international est plus importante que celle opérée par la Charte fondamentale – a conduit le juge constitutionnel à prendre en compte non seulement la lettre de la Convention, mais aussi l'interprétation qu'en a donnée la Cour dans l'examen des recours d'*amparo*, même s'il faut rappeler que la violation de la Convention ne peut pas être invoquée dans le cadre de ce recours…la Constitution constituant le seul paramètre de constitutionnalité.

La jurisprudence constitutionnelle est foisonnante sur le sujet. On signalera qu'elle peut conduire cependant à des prises de position contestables de la part du Tribunal constitutionnel de Madrid. Dans un arrêt rendu le 4 août 1999 (STC n°147/1999), la Haute juridiction espagnole admet un recours d'*amparo* présenté par un ressortissant italien, contre un jugement de *l'Audiencia Nacional* qui avait donné suite à la demande d'extradition formulée par le Gouvernement italien à l'encontre de son ressortissant, condamné par contumace en Italie. Et le juge constitutionnel d'affirmer que « dans le procès au cours duquel il avait été condamné en Italie, n'avaient pas été respectées les garanties » imposées par l'article 24 de la Constitution espagnole (FJ n°4) (*tutela judicial efectiva*, droit au juge). Or, pour arriver à ce constat − où le juge constitutionnel s'érige ni plus ni moins en juge d'un ordre juridique étranger, d'un pouvoir public étranger − le Tribunal raisonne, comme l'y incite l'article 10§2, à partir de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur l'article 6§1, ce qui a pu faire dire à des commentateurs avertis de la jurisprudence constitutionnelle espagnole, qu'il le faisait « plus comme Tribunal de la Convention de Rome que comme Tribunal de la Constitution espagnole » ; ainsi, « le jugement d'une résolution judiciaire espagnole, à laquelle est imputée indirectement la violation de droits commise par un pouvoir public étranger, érige le Tribunal constitutionnel, en dernière analyse, en juge de ce pouvoir public sans disposer d'autres titres que celui − clairement insuffisant − qui résulte de l'exercice de ses propres compétences ». Cette compétence extraterritoriale de la juridiction espagnole a été confirmée au cours de l'année 2000 dans trois arrêts ultérieurs.

La *Constitution roumaine* s'est assurément inspirée du précédent espagnol en allant plus loin dans la mesure où *l'article 20§1 de la Constitution* du 8 décembre 1991 considère que les dispositions constitutionnelles portant sur les droits et libertés des citoyens doivent être interprétées et *mises en œuvre* en concordance avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, ainsi qu'avec les traités auxquels la Roumanie est partie ; lorsqu'il y a non-concordance entre ces traités et les lois internes, la réglementation internationale l'emporte. L'activité de la Cour constitutionnelle roumaine démontre qu'en réalité l'application de l'article 20§1 l'a conduite au fil de ses décisions à verser clairement dans le contrôle de conventionnalité. En 1994, la Cour dans trois décisions (n°30/1994, 47/1994 et 114/94), alors qu'elle se prononçait dans des causes où était notamment invoqué le droit au logement du citoyen (comme élément du droit de jouir d'un niveau de vie décent), a fait référence aux dispositions pertinentes de la Déclaration universelle des droits de l'homme en la reconnaissant et en la rendant applicable dans les causes concernées.

Il est des pays, ils sont nombreux, où aucune disposition constitutionnelle met en place ce mécanisme de renvoi interprétatif. Dans ce cas, le juge constitutionnel plus ou moins facilement, plus ou moins rapidement, avec plus ou moins d'élan et d'enthousiasme, n'en finit pas moins par interpréter les clauses constitutionnelles à la lumière de la Convention et de la jurisprudence de Strasbourg. On est donc en présence ici « d'interprétation spontanée ».

b. L'interprétation spontanée.

L'interprétation spontanée sera d'autant plus aisée que le contexte juridique national sera ouvert au droit international, soit par la forte dimension internationale de la Constitution elle-même, soit par l'ouverture au droit « exogène » de la jurisprudence des juridictions ordinaires qui ne manquera pas d'avoir des « effets bienveillants » sur l'attitude du juge constitutionnel. C'est le cas de la Pologne, de la Belgique et *last but not least*, de l'Autriche, mais aussi de l'Allemagne et de l'Italie.

En *Pologne*, bien que le Tribunal constitutionnel considère qu'il n'est pas compétent pour contrôler la conformité des lois aux traités internationaux (décisions du 7 janvier 1992 n° K 8/91, du 17 octobre 1995 n° K10/95, du 23 octobre 1995 n°K 4/95), les conventions internationales de protection des droits de l'homme «sont traitées comme un important indice d'interprétation ». Le juge y voyant un « moyen de préciser la teneur de la loi polonaise en application du principe constitutionnel de la prééminence du droit ». Les Pactes internationaux de 1966 ont très tôt été intégrés dans les visas des décisions constitutionnelles, le juge affirmant : «*Vu que les Pactes (des Nations Unies) ont force obligatoire, le Tribunal en tiendra compte, mais uniquement dans les limites de l'interprétation constitutionnelle* » (décision n° K8/91). Depuis 1991, les dispositions de la Convention européenne sont venues enrichir le champ interprétatif, par des références régulières à la Convention, mais aussi à la jurisprudence de Strasbourg (décision du 21 novembre 1995, K 12/95).

La jurisprudence constitutionnelle *belge* applique également la Convention à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg. C'est un fait indéniable et la jurisprudence, extrêmement abondante, en témoigne qui n'hésite pas à opérer des renvois exprès aux interprétations strasbourgeoises. La définition que la Cour d'arbitrage a par exemple donnée du principe constitutionnel de non-discrimination est fidèlement calquée sur les critères de la discrimination au sens de l'article 14 de la Convention. Une telle attitude du juge constitutionnel belge s'explique par un contexte juridique favorable. En effet, depuis le célèbre arrêt *Le Ski* rendu par la Cour de Cassation belge le 27 mai 1971, la Convention déploie des effets directs dans l'ensemble de l'ordre juridique belge. Elle a prééminence sur les actes législatifs et règlements internes, fussent-ils postérieurs à la Convention. Alors que le juge judiciaire et le Conseil d'Etat refusent d'appliquer les normes législatives contraires à la Convention − en étant dans l'impossibilité de les abroger ou de les modifier – la Cour d'arbitrage, quant à elle, est en mesure d'annuler une loi contraire à la Convention par le biais du principe constitutionnel d'égalité ou de la liberté d'enseignement (articles 10, 11 et 24). Dit autrement, la Cour d'arbitrage n'a pas pour seule mission de contrôler le respect par le législateur des règles répartitrices de compétences ainsi que des articles 10, 11 et 24 de la Constitution ; et n'a donc pas *a priori* pour mission de contrôler le respect des règles de droit international, « à moins que ces règles ne se combinent avec les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination ». Et bien qu'elle ait catégoriquement nié la prévalence de la Convention sur la Constitution (CA, 16 octobre 1991) – malgré un courant doctrinal prestigieux plaidant l'inverse, dont le chef de file a été le Procureur général à la Cour de cassation − force est néanmoins de constater que la question relève des arcanes théoriques car il n'est « guère de dispositions constitutionnelles qui soient incompatibles avec (la Convention), et y en aurait-il que

le juge n'hésite pas à donner de ces dispositions une interprétation conciliante avec la Convention ».

Le *cas autrichien* est particulièrement intéressant car, en tant que pays dualiste, autrement dit, guère ouvert au droit international, avec au surplus un contrôle de constitutionnalité solidement implanté, il n'était pas évident de prévoir une prise en compte maximale du texte et de la jurisprudence strasbourgeoises. Or, en réalité le raffinement du système dualiste a sans nul doute servi les intérêts conventionnels. En effet, selon que l'on est en présence d'un traité qui *complète* ou *modifie* la Constitution, les normes internationales introduites en droit interne n'ont pas la même valeur. Pour les traités dits « modificatifs », la loi de réception doit être adoptée à la majorité exigée pour les révisions constitutionnelles (en précisant bien qu'elle modifie la Constitution) ; partant, le droit international acquiert rang constitutionnel. C'est le cas de la Convention européenne qui a le même statut, dans l'ordre autrichien, que les droits fondamentaux − dénommés droits constitutionnellement garantis − consacrés par la Charte constitutionnelle. Aujourd'hui, l'ordre juridique autrichien est profondément irrigué par le droit conventionnel, car non seulement les droits reconnus par la Constitution sont interprétés à la lumière de la Convention et de la jurisprudence européenne, avec des références explicites dans les arrêts, mais en outre les violations conventionnelles peuvent être invoquées devant les juridictions autrichiennes dans le même temps que les violations des droits constitutionnellement garantis. Autrement dit, la Convention sert de norme de référence et justifie un contrôle qui est formellement de constitutionnalité et concrètement, effectivement, de conventionnalité.
Il est fondamental de souligner la révolution juridique vécue par l'Autriche. Berceau de la pensée kelsénienne, patrie du modèle concentré de justice constitutionnelle, marquée par une forte tradition de *judicial self-restraint,* l'Autriche a opéré un virage à 180° dans les années quatre-vingts dès qu'elle a ratifié la Convention. Non seulement elle a rendu plus homogène son catalogue des droits fondamentaux qui − contrairement à l'Allemagne ou à l'Espagne, n'a jamais été cirsconscrit au frontispice de la Constitution de 1920 − mais en outre, elle a entièrement modifié son mode d'interprétation. Axée antérieurement sur la seule hiérarchie des normes, elle intègre aujourd'hui, grâce à la multiplicité des influences du droit civil, de la doctrine allemande et de la jurisprudence strasbourgeoise, la donne des droits fondamentaux. « Le juge constitutionnel a peu à peu interprété de manière restrictive la réserve de loi en matière de droits et libertés en soumettant notamment, désormais systématiquement, toute atteinte à un contrôle étroit de proportionnalité et d'intérêt public…/…La 'percée' s'est manifestée en particulier dans l'application plus exigeante du principe d'égalité ». Cette métamorphose des techniques d'interprétation de la Cour constitutionnelle autrichienne a provoqué débats politiques et controverses doctrinales au pays de Chopin… Et la Cour d'être accusée, au plan politique, de « partialité idéologique et de militantisme axiologique » ; au plan juridique, de trahison à l'orthodoxie kelsénienne marquée par la sacro-sainte théorie normativiste.

Il est des Etats où le faible relief international du système juridique ne sera pas favorable à une appréhension maximale de la Convention par le juge constitutionnel. C'est essentiellement le cas des Etats comme l'Allemagne et l'Italie. « Ces deux pays réunissent en effet l'ensemble des facteurs défavorables à l'influence de la Convention. Ils possèdent tous les deux une solide tradition dualiste (de sorte que les traités internationaux incorporés en droit interne ont valeur législative et auxquels est appliquée la fameuse maxime *lex posterior legi priori derogat*) et se sont tous les deux orientés nettement vers le constitutionnalisme après la seconde guerre

mondiale. Cela s'exprime dans une codification vigoureuse des droits fondamentaux et dans un système sophistiqué de contrôle de constitutionnalité. » Si on constate une ouverture parfois considérable à l'égard du droit international, il ne faut guère se méprendre, ce dont il s'agit concerne les transfert de compétences ; bref, c'est plus le droit communautaire que le droit de la Convention qui est ici mis en avant.

En *Allemagne*, pendant longtemps, toutes les juridictions ne se sont jamais référées, dans leurs décisions, à la Convention. Toutefois, peu à peu, l'impérieuse nécessité de respecter les engagements internationaux contractés par le *Bund*, a poussé le juge constitutionnel à un infléchissement certain. A cet égard, l'arrêt du 26 mars 1987, confirmé plusieurs fois, est significatif. Il y est considéré que la Convention doit bénéficier d'une « certaine priorité », même sur les lois postérieures, dans la mesure où le juge estime que le législateur n'a pas entendu y déroger expressément. Du coup, cette priorité (qui écarte un principe clé de la théorie dualiste, la fameuse maxime *lex posterior legi priori derogat*), aboutit à l'interprétation et à l'application des droits fondamentaux à la lumière de la Convention. Il est frappant de constater à quel point le système allemand rejoint ici des systèmes qui avaient intégré une « clause d'interprétation ». Il reste que cette influence reste indirecte dans la mesure où (comme en Espagne), le Tribunal constitutionnel a refusé qu'un recours constitutionnel soit fondé sur une violation directe de la Convention et que celle-ci (contrairement à l'Espagne) soit ainsi assimilée aux droits fondamentaux allemands. Elle n'envisage cette éventualité qu'en cas 'd'inapplication manifeste' de la Convention.

En *Italie*, la situation initiale à l'égard de la Convention n'était guère propice à sa diffusion. En plus de compter avec les principes inhérents au dualisme, l'Italie – contrairement à l'Allemagne – ne connaît pas de recours de protection des droits fondamentaux, ce qui a pendant longtemps été un frein important à la prise en compte conventionnelle. Toutefois, là encore, l'influence européenne a gagné du terrain. La Cour constitutionnelle dans un arrêt remarqué de 1993 (CCI, n°12/1993) a considéré l'article 2 de la Constitution italienne de 1947 comme une « norme ouverte » permettant de constitutionnaliser des droits non-écrits ; et de considérer que les dispositions de la Convention pouvaient constituer de tels droits…

3. L'application « furtive » de la Convention

Il y a application furtive de la Convention quand la référence à la norme internationale est inexistante et qu'elle ne figure jamais dans la *ratio decidendi* du juge constitutionnel. Cette absence délibérée de renvoi et la référence exclusive au seul référent constitutionnel, n'empêchent pas cependant le juge de s'inspirer et de la Convention et de la jurisprudence de Strasbourg. Tout le monde ici aura reconnu la figure du Conseil constitutionnel français qui reprend « à sa manière » la Convention, dans un contexte juridique très particulier cependant puisqu'il « met en œuvre l'ordre juridictionnel », mais uniquement au moyen d'un contrôle préalable et abstrait et alors qu'il persiste à confirmer sa jurisprudence « IVG » du 15 janvier 1975 qui l'empêche de s'ériger en juge de la conventionnalité des lois et qui l'interdit d'intégrer, dans le bloc des normes de références, les traités internationaux.

Partant, tout est fait comme si la Convention n'existait pas ou plutôt, tout est fait pour s'arc-bouter sur 1789 et non pas sur 1950, puisque le texte de 1950 n'est pas intégré dans le « bloc de constitutionnalité »; cela arrange sans doute le Conseil qui rappelle que le texte de 1950 ne fait que reprendre celui de 1789 ; autrement dit que les principes de 1789 ont été purement et simplement *clonés* en 1950 (1), selon l'heureuse expression de Guy Carcassonne. Cependant,

bien que clonés au départ, les principes se sont trouvés *génétiquement modifiés* (2).

a. Des principes clonés.

Le Conseil constitutionnel trouve dans la jurisprudence européenne des éléments précieux aux fins d'interpréter certains principes écrits et non écrits relatifs aux droits fondamentaux. Mais si l'influence européenne en matière d'interprétation est incontestable, elle est *diffuse*. La référence européenne sera remplacée par une lecture « moderne » ou « actuelle » du bloc de constitutionnalité. L'alignement constitutionnel sur le standard européen d'interprétation et partant de protection se fait toujours à mots couverts : le juge constitutionnel français avançant masqué derrière le rideau du bloc de constitutionnalité.
On observe ainsi un phénomène de « constitutionnalisation », autrement dit de « nationalisation » de l'interprétation délivrée par le juge européen. La doctrine, comme le Conseil à l'occasion de la IX° Conférence des cours constitutionnelles, a maintes fois mis en évidence l'identité des valeurs que les deux juges défendent, tout comme la ressemblance de leur technique d'interprétation et de contrôle. Les rapprochements interprétatifs, symptomatiques d'un fort syncrétisme juridique, ont irrigué les domaines de la liberté d'expression (CEDH, *Handyside*, 7décembre 1976 / CC, DC 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse ;* CEDH, 23 novembre 1993, *Informations lentia c. Autriche /* CC,n29 juillet 1986), les garanties apportées en matière répressive (CC, 17 janvier 1989, *CSA*), les droits de la défense (article 6§1 et 13 CEDH / CC, 21janvier 1994, *droit au recours juridictionnel*), mais aussi le respect de la vie privée, la liberté contractuelle ou encore la sécurité juridique.

b. Des principes génétiquement modifiés

Les gênes sont modifiés tout d'abord par les *traditions*. Les mêmes termes n'ont pas la même signification à Paris qu'à Strasbourg. La polysémie est au cœur des divergences interprétatives, notamment autour de la notion d'intérêt général. Pour la Cour européenne, seule une raison « impérieuse » peut être une cause justificative d'atteinte aux droits et libertés dont l'article 6§1 assure l'effectivité procédurale : il est en effet question d' « impérieux motifs d'ordre général » qui, seuls, peuvent justifier une dérogation à l'article 6§1 en matière de validation législative. Pour le juge du Pavillon Montpensier, l'invocation de l'intérêt général « simple » en quelque sorte, est une cause justificative d'atteinte à la séparation des pouvoirs par une validation législative. C'est cette dichotomie conceptuelle fondée sur l'importance des adjectifs qui a entraîné la censure du juge constitutionnel dans l'affaire *Zielinski c. France* du 28 octobre 1999. Ce « face à face » entre Paris et Strasbourg a perfidement rappelé que si la *procédure* constitutionnelle française de contrôle abstrait de constitutionnalité des lois échappait à l'emprise conventionnelle (sous l'angle notamment de l'article 6§1), il n'en allait assurément pas de même des *décisions* constitutionnelles françaises, la Cour dans cette affaire ayant reconnu *à l'unanimité* la violation de l'article 6§1 sous l'angle du procès équitable. Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel a resserré son emprise sur le contrôle des lois de validation et, arc-bouté sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, a érigé la notion « d'intérêt général suffisant » en paramètre de son contrôle de proportionnalité (entre l'atteinte portée à des droits individuels et l'intérêt général), allant jusqu'à annuler une loi de validation pour défaut de base légale, considérant que l'absence d'indication du motif précis dont le législateur entendait purger l'acte était contraire aux exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789.
Les gênes se trouvent ensuite modifiés par les *contraintes*. Elles découlent essentiellement, pour

ne pas dire exclusivement, du versant constitutionnel. Elles sont bien connues. Le Conseil doit respecter la volonté expresse du constituant. Or, ce respect − qui légitime sa création et sa fonction − pose assurément des problèmes de conformité avec le système conventionnel. Deux exemples récents suffisent à démontrer que certains principes constitutionnels, consacrés par le constituant dérivé, sont en porte à faux avec les principes conventionnels. S'agissant de la *détermination du corps électoral* en Nouvelle-Calédonie tout d'abord. La Constitution a été révisée pour prendre acte du statut dérogatoire de la Nouvelle-Calédonie, qui restreint le corps électoral aux seuls résidents ayant séjourné dix ans sur le « caillou ». Or, il y a un problème évident de compatibilité avec la jurisprudence de la Cour. Il en va de même, pour le *principe de l'équilibre financier* posé à l'article 471 de la Constitution révisée en 1996. Depuis cette date, le Conseil constitutionnel doit prendre en compte ce nouveau principe à l'heure de l'examen des lois de financement de la sécurité sociale. Or la décision partielle de recevabilité du 11 juillet 2000 rendue dans l'affaire *Stella c. France* montre que la contradiction avec le système conventionnel est toujours potentiellement prégnante. La situation du Conseil constitutionnel est de plus en plus inconfortable. Tenu d'un côté de se conformer à la volonté du constituant qui décidait d'inscrire le principe de l'équilibre financier parmi ceux des principes fondamentaux à respecter, il s'évertue à lui donner vie en optant pour une acception large de la notion de motif d'intérêt général, au risque de se retrouver, d'un autre côté, en contradiction frontale avec la jurisprudence de Strasbourg et d'être à l'origine d'un nouvel arrêt médiatique et déconcertant de condamnation de la France…

Malgré l'hétérogénéité des méthodes constitutionnelles d'appréhension de la Convention, une constatation s'impose à l'évidence. Celle relative au résultat. Il est, au bout du compte, le même : celui d'une prise en compte généralisée de la Convention et de la jurisprudence de la Cour par les juges constitutionnels. Explicite ou pas, organisée par la Constitution ou pas, les juges ont tous, bon gré mal gré, été amenés à appliquer et/ou interpréter la Convention. Cette prise en compte des exigences conventionnelles, on l'a vu, est volontaire, désirée. Soit par le constituant qui a intégré au sein des Chartes constitutionnelles, les compétences (contrôle de conventionnalité) et les mécanismes (clauses d'interprétation) qui permettent au juge constitutionnel d'appréhender de façon maximale l'instrument européen. Soit par le juge constitutionnel lui-même qui de son propre chef a compris qu'il n'était pas capable de résister à cette déferlante européenne dont l'objectif originel est le développement d'une protection toujours plus raffinée et maximale des droits de l'individu.
Dans le même temps, la soumission à la Convention est imposée, par le haut, par la Cour de Strasbourg qui est le dernier juge à pouvoir être saisi (épuisement des voies de recours internes oblige) et qui n'a pas hésité à soumettre la justice constitutionnelle elle-même au respect des exigences conventionnelles.

B. La Convention appliquée *au* juge constitutionnel
ou la rationalisation par le « haut »

D'un point de vue général et sur le plan des principes, il convient de rappeler avec force qu'aux yeux de la Cour, « *c'est l'Etat dans son unité qui est responsable dans l'ordre international*. *Ceci concerne par conséquent toutes les autorités de l'Etat, y compris constitutionnelles*». Cette acception large du contrôle européen qui touche les soubassements constitutionnels nationaux est importante. Elle implique qu' *aucun pouvoir constitué n'est à l'abri*

du contrôle de la Cour. Ainsi, les représentants du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire n'ayant pas échappé au contrôle européen, il semblait inexorable que les juridictions constitutionnelles - bien qu'en dehors de l'organisation judiciaire *stricto sensu* - tombent sous le coup de l'emprise conventionnelle européenne. Pourtant, les organes de contrôle de Strasbourg avaient commencé par mettre en avant la spécificité des juridictions constitutionnelles et du contentieux y afférent pour les faire bénéficier d'une « immunité conventionnelle » ; or ils ont fini par intégrer le contentieux constitutionnel dans le champ conventionnel. Le bilan jurisprudentiel en la matière démontre que la Cour s'est faite d'abord juge des *procédures* constitutionnelles (1) pour aller jusqu'à devenir, sans contestation possible, juge des *décisions* constitutionnelles (2) et pour s'ériger certainement dans les mois à venir en juge de l'*exécution* des décisions constitutionnelles (3).

1. La Cour européenne, juge des procédures constitutionnelles.

Le contrôle du « procès constitutionnel » est intégral (a) - tant sous l'angle de l'équité du procès que de sa durée ; il en va de même de l'exercice des compétences constitutionnelles elles-mêmes (b).

a. Le contrôle du « procès constitutionnel »

Le procès constitutionnel est-il un procès équitable ? Le juge européen a répondu plusieurs fois par la négative. Est-il besoin ici de mentionner le retentissant arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993 (Série A, n°262) qui a soumis définitivement le procès constitutionnel aux exigences du procès équitable ? La Cour confirme cette soumission du procès constitutionnel aux exigences du procès équitable dans l'arrêt du 3 mars 2000, *Krcmar et a. c. République Tchèque* où le juge de Strasbourg à condamné la République tchèque en mettant à l'index l'attitude de la Cour constitutionnelle qui avait porté atteinte au droit à une procédure contradictoire, n'ayant pas communiqué aux plaignants, les éléments de preuves qui étaient manifestement décisifs pour la résolution du litige.

A la question de savoir si le procès constitutionnel doit, comme les autres, respecter l'exigence du délai raisonnable, ce sont les arrêts *Deumeland* et *Bock* qui ont retenu pour la première fois la durée de la procédure devant le Tribunal de Karlsruhe au titre du calcul global de la durée du litige. Le juge fut logiquement amené ensuite à examiner la durée du seul « procès constitutionnel ». A plusieurs reprises, il évalua le dépassement du délai raisonnable par le Tribunal constitutionnel allemand en recherchant « *si le résultat de ladite instance peut influer sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires* ». Dans plusieurs affaires, il considéra comme raisonnable la durée des procédures devant le gardien de la Constitution, qui s'avère être jusqu'à présent le gardien allemand de la Constitution. La Cour déclara dans l'affaire *Sümann c. Allemagne* du 16 septembre 1996, la non-violation de l'article 6§1 (par 14 voix contre 6), alors qu'elle évaluait le délai dans le cadre du recours constitutionnel individuel (*Verfassungsbeschwerde*) de l'article 93§1, alinéa 4.a de la Loi Fondamentale de Bonn. Elle récidivait dans l'affaire *Gast et Popp c. Allemagne*, du 25 février 2000 où elle reconnaissait la non-violation de la Convention. Elle prononçait par contre, à l'unanimité, la violation de cette disposition dans les arrêts *Pammel c. Allemagne* et *Probstmeier c. Allemagne* du 1° juillet 1997 - alors que le requérant avait activé la question de constitutionnalité de dispositions législatives sur la base de l'article 100§1 de la Loi Fondamentale - et dans l'affaire *Klein c. Allemagne*, 27 juillet

2000 où elle reconnaissait à l'unanimité la violation de l'article 6§1 pour délai «non raisonnable» de la procédure constitutionnelle.

b. Le contrôle de l'exercice des compétences constitutionnelles

Du contrôle de la mise en oeuvre des « procédures préjudicielles constitutionnelles », jusqu'à celui de la mise en œuvre des recours de protection des droits, la Cour de Strasbourg laisse peu de place à l'autonomie de la justice constitutionnelle.

L'utilisation par les juges du fond de la question préjudicielle est une question importante que la Cour de Strasbourg a déjà eu l'occasion de connaître sous l'angle communautaire. L'affaire *Coëme, Mazy, Stalport, Hermanus, Javeau c. Belgique* du 22 juin 2000, est particulièrement importante puisque le maniement de la question préjudicielle en matière constitutionnelle est ici en cause devant la Cour. En l'occurrence, deux des cinq requérants reconnus coupables et condamnés pour délits d'escroquerie et de corruption, contestaient le refus de la Cour de Cassation belge de soumettre à la Cour d'arbitrage deux questions préjudicielles.
L'arrêt de la Cour européenne est l'épilogue d'une affaire qui − en plus de défrayer la chronique judiciaire du fait de la présence d'un ancien ministre parmi les prévenus − avait en outre provoqué moult débats doctrinaux en Belgique au regard du raisonnement suivi en son temps par la Cour de Cassation belge pour affirmer sa compétence à l'encontre des requérants. En effet, seule compétente pour statuer sur des poursuites pénales engagées contre un membre du gouvernement, elle avait déférée devant elle − en mettant à profit les ressorts de la règle de la connexité − plusieurs autres prévenus qui n'avaient pas la qualité ministérielle et qui, dans des circonstances normales, auraient dû relever des juridictions pénales ordinaires et bénéficier, ce faisant, de plusieurs degrés de juridiction. Placés dans une situation insolite, les prévenus sollicitèrent de la Cour de cassation belge qu'elle adresse à la Cour d'arbitrage la question de savoir si une telle situation n'était pas contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Dans un arrêt rendu le 12 février 1996, la Cour de Cassation refusa d'accéder à leur demande ; or, lorsqu'un juge est saisi, par une des parties à la cause, d'une demande de renvoi préjudiciel, la règle est celle de la faculté ou de l'obligation de renvoi. En droit constitutionnel belge, quatre clauses échappatoires permettent au juge de ne pas accéder aux demandes des parties. Toutefois, les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, au nombre desquelles la Cour de cassation, ne peuvent en invoquer en réalité qu'une seule, la « clause d'irrecevabilité ». Partant, elles peuvent se dispenser de renvoyer lorsque l'action dont elles tiennent leur saisine n'est pas recevable « pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle ». Bref, il était censé exister en Belgique une obligation quasi-absolue de renvoi pour les juridictions suprêmes. Or, l'arrêt du 12 février 1996 a montré que la Cour de cassation s'accordait une marge de manœuvre en considérant que la Cour d'arbitrage ne saurait être saisie de questions portant, à titre principal, sur l'articulation entre elles de règles constitutionnelles, ni par ailleurs sur l'interprétation à fournir de règles législatives. C'était cette appréciation qu'il revenait à la Cour de Strasbourg de contrôler.

Le *dictum* de la Cour européenne reprend en partie ce qu'elle avait été amenée à décider pour le mécanisme préjudiciel communautaire, à savoir qu'il n'est pas exclu que « *le refus opposé par une juridiction nationale appelée à se prononcer en dernière instance puisse porter atteinte au*

principe d'équité de la procédure, en particulier si un tel refus n'est pas entaché d'arbitraire », toutefois elle prit soin d'affirmer au préalable que « *la Convention ne garantit pas comme tel un droit à ce qu'une affaire soit renvoyée, à titre préjudiciel, par une juridiction nationale devant une autre instance nationale ou internationale. Le droit de saisir un tribunal par voie de question préjudicielle n'est pas absolu, même lorsqu'une législation réserve un domaine juridique à la seule appréciation d'un tribunal et prévoit pour les autres juridictions l'obligation de lui soumettre sans réserve toutes les questions qui s'y rapportent* ». A la lumière des circonstances de l'affaire belge, on comprend que la Cour n'ait pas osé s'aventurer dans une appréciation qui l'aurait entraînée sur des terres par trop sensibles, car affectant l'équilibre du dialogue interne des juges nationaux…

S'agissant du contrôle de la mise en œuvre des recours de protection des droits, il faut avoir à l'esprit que, pour un arrêt de condamnation de la Cour, on peut compter une centaine de décisions d'irrecevabilité qui constate la non-violation de la Convention. Les recours d'*amparo* espagnol (art.53§2 *Ct° esp*.) et le recours constitutionnel allemand (*Verfassungsbeschwerde*) (art.93.1.4a) tombent régulièrement sous le coup du contrôle européen. On les connaît pour être deux mécanismes phares qui permettent aux requérants établis en Espagne ou en Allemagne de saisir, après avoir épuisé les voies de recours internes, les juridictions constitutionnelles afin qu'elles examinent les allégations d'éventuelles violations des droits fondamentaux, tels qu'ils sont protégés par la Constitution espagnole et la Loi fondamentale de Bonn. Or, l'année 2000 a vu l'Allemagne condamnée dans une affaire où l'attitude du Tribunal de Karlsruhe est implicitement mais clairement désavouée, tandis que huit autres affaires ont été communiquées à la Cour, dans lesquelles l'attitude du juge constitutionnel de Karlsruhe est également mise en cause par les requérants − ce qui laisse présager d'éventuelles autres violations, ou à tout le moins, un examen minutieux de l'attitude du juge constitutionnel dans le traitement du recours constitutionnel. L'affaire *Elsholz* du 13 juillet 2000 concernait le droit à la vie familiale, notamment d'un père qui revendiquait l'obtention d'un droit de visite à l'égard de son fils, un enfant né hors mariage. Le requérant se plaignait d'une violation des articles 8 et 6§1, les tribunaux allemands ayant refusé d'accéder à sa demande de réclamer un rapport à un psychologue indépendant et de tenir une audience, décidant *in fine* de lui dénier tout droit de visite. Or, alors que sur tous ces points, la Cour de Strasbourg considéra qu'il y eut violation des dispositions invoquées au motif principal que « le requérant n'a pas joué dans le processus décisionnel un rôle suffisamment important » (point 53), la Cour constitutionnelle de son côté, décidait de ne pas examiner le recours constitutionnel au motif qu' «aucune question de caractère général » touchait le « respect de la Constitution », en avalisant *expressis verbis* l'attitude des juges ordinaires, considérant que « le droit à un procès équitable n'avait pas été enfreint par le fait que le requérant n'avait pas été entendu en personne et que sa demande de consulter un expert avait été rejetée ». Conformité à la Constitution n'équivaut décidément pas conformité à la Convention, le contrôle européen effaçant en dernier ressort les effets du contrôle constitutionnel, surtout au plus précieux peut être d'entre eux, le contrôle du respect des droits fondamentaux.

2. La Cour européenne, juge des décisions constitutionnelles

L'emprise du contrôle européen sur les décisions constitutionnelles n'est plus à démontrer, tant elle est prégnante. Or, l'emprise est duale : tantôt la Cour sanctionne les décisions des Cours

constitutionnelles pour leur « in-conventionnalité » (face négative du contrôle) (b), tantôt elle leur délivre un *satisfecit* en bonne et due forme (face positive du contrôle) (a). Dans les deux cas, le juge européen a le dernier mot sur l'appréciation que font les Cours constitutionnelles des exigences conventionnelles.

a. La face positive du contrôle : les brevets de conventionnalité du droit constitutionnel

Diverse est la manière dont la Cour peut valoriser soit, le texte constitutionnel lui-même *via* l'interprétation d'une norme législative le mettant en oeuvre, soit plus généralement, l'interprétation qu'en a dégagée le juge constitutionnel lui-même.

Tout d'abord, « la reconnaissance de la conventionnalité des normes constitutionnelles nationales peut s'opérer « au travers de la confirmation de la compatibilité à la Convention d'une disposition législative mettant en œuvre un principe constitutionnel ». Ceci est flagrant dans l'arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996 où implicitement mais nécessairement la solution de la Cour avalise le bien-fondé de l'article 17§2 de la Constitution suédoise accordant aux syndicats et aux groupements patronaux le droit de prendre des mesures de rétorsion, notamment économiques et commerciales.

Ensuite, l'octroi d'un brevet de conventionnalité par la Cour peut également résulter *par ricochet* «de la prise en considération, à titre confortatif, d'une interprétation constitutionnelle nationale, en vue d'appuyer l'interprétation que la Cour de Strasbourg va retenir d'une disposition de la Convention.» L'arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996 est symptomatique à ce sujet. Dans cette affaire relative à la privation de liberté imposée aux demandeurs d'asile retenus dans la zone internationale d'un aéroport, la Cour se réfère très visiblement à la décision du Conseil Constitutionnel du 25 février 1992**,** *Zones de transit* (n°92-307) pour dégager sa solution. On peut également mentionner la décision d'irrecevabilité du 24 octobre 2000 rendue dans l'affaire *Thivet c. France* où la Cour s'est alignée *expressis verbis* sur la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, plus précisément la décision n°99-425 DC du 29 décembre 1999 rendue dans le cadre du tumultueux et passionné contentieux de l'indemnisation des *emprunts russes.* Alors que l'article 48 de la loi de finances rectificative pour 1999 définissait les conditions de mise en œuvre de l'indemnisation des créances − en déterminant que chaque porteur devait recevoir une somme forfaitaire, augmentée d'un montant proportionnel à la valeur totale du portefeuille dans la limite d'un plafond − la requérante soutenait qu'en raison du plafonnement de l'indemnisation, la somme qu'elle devait percevoir ne correspondait nullement à la valeur des titres qu'elle détenait et arguait d'une violation du droit de propriété et du principe d'égalité. L'alignement express de la Cour sur les motifs avancés en son temps par le Conseil pour déclarer conforme à la Constitution le texte, est suffisamment rare pour être relevé. Rappelant que l'article 1 du Protocole n°1 ne garantit pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale, dans la mesure où des objectifs légitimes « d'utilité publique » peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande (*v. Saints Monastères c. Grèce*, 9 décembre 1994), le juge de Strasbourg s'aligne sur le raisonnement du gardien de la Constitution qui, s'arc-boutant sur l'objectif de solidarité poursuivi par le législateur, avait estimé nécessaire de concilier les intérêts différents des deux catégories de porteurs de titres, les modestes et les autres. Et la Cour de conforter ce constat constitutionnel en lui décernant un brevet de conventionnalité en constatant « *l'impossibilité absolue, du moins la très grande inopportunité, de mettre en œuvre une indemnisation strictement proportionnelle au montant des créances dues aux bénéficiaires de*

celle-ci, dont la requérante ».
L'arrêt du 15 juin 2000 rendue dans l'affaire *Pullicino c. Malte* est tout aussi révélateur de ce syncrétisme interprétatif. Le juge européen y dresse un bilan très positif de l'attitude de la Cour constitutionnelle malte qui alors qu'elle examinait le recours du requérant inculpé d'homicide volontaire et qui se plaignait d'une atteinte au principe d'égalité des armes au cours de son procès a manié avec réussite les techniques d'interprétation de la Cour européenne en envisageant l'équité de la procédure dans son ensemble (appréciation *in globo*). On pourra également consulter l'arrêt du 21 mars 2000, *JK c. Slovaquie* où la Cour européenne relève que la Cour constitutionnelle slovaque a jugé à bon escient, à l'aune de l'article 6 de la Convention, une disposition législative inconstitutionnelle.

b. La face négative du contrôle : les constats de non-conformité conventionnelle

Mises à part ces traces de contrôles qui s'avèrent positifs, il est évident que les arrêts qui sanctionnent les décisions constitutionnelles retiennent plus l'attention, dans la mesure où ils témoignent de l'emprise toujours plus resserrée du système conventionnel sur les systèmes constitutionnels en s'infiltrant jusque dans les moindres interstices de ce qui apparaît aujourd'hui comme une notion dépassée, en tout cas réduite à une peau de chagrin…l' « autonomie constitutionnelle ». La décision de recevabilité du 30 mai 2000 rendue dans neuf affaires ouvertes contre la Turquie, démontre que le problème sensible de la dissolution par la Cour constitutionnelle turque de partis politiques, est loin d'être une question réglée. Le contentieux turc devant la Cour qui se singularise également par des constats réguliers de violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 (torture et traitement inhumain et dégradant) de la Convention démontre que la démocratie politique en Turquie est plus « théorique et illusoire » que « concrète et effective » pour reprendre la terminologie européenne. Il reste toutefois que les autorités turques se sont engagées sur la voie d'une vaste réforme législative et administrative afin que cesse les mauvais traitements, notamment aux personnes placées en garde à vue. Il faut à cet égard se référer au très intéressant arrêt de constatation de règlement amiable rendu dans le cadre d'un litige inter-étatique opposant le Danemark et la Turquie (article 33), premier du reste que la « nouvelle Cour » a eu à examiner. Il y est relevé la satisfaction du gouvernement demandeur « *devant la participation volontaire du gouvernement défendeur au vaste projet du Conseil de l'Europe relatif à la formation des policiers* ».

Enfin, la face négative du contrôle prendra-t-elle les allures d'un arrêt de violation dans l'affaire *OVR v. Russie* qui, pour l'heure, a seulement été communiquée à la Cour au mois de juin 2000 sous l'angle de l'article 11 ? La jurisprudence européenne en matière de liberté négative d'association qui condamne les techniques de « *closed chop* » laisse augurer d'une condamnation de la Russie, et par ricochet d'une censure de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle russe qui a déclaré constitutionnelle la loi sur les notaires qui prévoit l'affiliation obligatoire à une association notariale pour les notaires exerçant dans une étude privée.

3. La Cour européenne, juge de l'exécution des décisions constitutionnelles.

Après avoir montré qu'elle était compétente pour contrôler l'exécution des arrêts de la Cour de Luxembourg (CEDH, *Hornsby c. Grèce*), on ne voit pas ce qui pourrait empêcher la Cour de Strasbourg de contrôler l'exécution des décisions constitutionnelles. *L'affaire Osmani et autres c. Ex-République Yougoslave de Macédoine* lui en donnera l'occasion. La Cour a en effet déclaré recevable le 6 avril 2000 la requête de M. Osmani sous l'angle des articles 10, 11 et 34,

dans une affaire où la Cour constitutionnelle, dans le cadre de deux procédures de référé, avait ordonné aux autorités locales de deux villes Gostivar et Tetovo de retirer les drapeaux albanais et turc qui avaient été déployés à côté du drapeau macédonien et ce, conformément aux décisions prises par les conseils municipaux des deux localités. Or, les demandeurs se sont opposés aux retraits des drapeaux ce qui provoqua d'importantes tensions intercommunautaires. Il sera important de connaître la position de la Cour : fera-t-elle primer la liberté d'expression sur l'obligation de se conformer aux décisions de justice, notamment constitutionnelles, dans un contexte politique passablement délicat ?

Au terme de cette analyse, la rationalisation du champ constitutionnel apparaît manifeste. Toutefois, elle n'est ni illimitée, ni autoritaire. Elle est tantôt *modulée* en fonction des domaines en cause – la détermination des régimes politiques le montre ; tantôt *acceptée* par les gardiens de la Constitution eux mêmes qui appliquent la Convention ou qui déploient une interprétation conforme de la Constitution à la Convention. Partant, si l'encadrement du champ constitutionnel est évident, si le contrôle européen est prégnant, il s'insère au bout du compte dans un ensemble systémique global marqué par le dialogue, par une interaction institutionnelle et matérielle constante, révélatrice d'un puissant syncrétisme juridique.